Nations Unies A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1

Assemblée générale

Distr. limitée
7 octobre 2022
Français
Original : anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Soixante et unième session
Vienne, 12-16 décembre 2022

Loi applicable dans les procédures d'insolvabilité

Note du Secrétariat

Additif

Table des matières

Page

III. Questions dont l'examen a été reporté 2

A. Liste des questions dont l'examen a été reporté 2

B. Questions liées aux points de la liste de la *lex fori concursus* dont l'examen a été reporté 3

C. Exception à la *lex fori concursus* : systèmes de paiement ou de règlement et marchés financiers réglementés 18

IV. Questions qui n'ont pas encore été examinées par le Groupe de travail 19

A. Primauté des obligations internationales et des lois de police 19

B. Interprétation 20

C. Autres questions 20

V.22-22719 (F)

Merci de recycler

III. Questions dont l'examen a été reporté

A. Liste des questions dont l'examen a été reporté

1. Le Groupe de travail a reporté l'examen des questions suivantes concernant les points inscrits sur la liste de la *lex fori concursus* :

a) En ce qui concerne le point c) sur la constitution et l'étendue de la masse de l'insolvabilité, la question de savoir si les effets de la procédure d'insolvabilité sur le traitement des actifs numériques et des droits et licences de propriété intellectuelle seraient régis par la *lex fori concursus* ou par une autre loi[1] ;

b) En ce qui concerne le point d) sur la protection et la préservation de la masse de l'insolvabilité, et en référence à l'article 20 de la LTI (et au commentaire y relatif) et à l'article 18 de la refonte du Règlement CE, la question de savoir si les effets de la procédure d'insolvabilité sur l'opposabilité d'une convention d'arbitrage conclue, d'une sentence arbitrale obtenue ou d'une procédure arbitrale engagée avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité seraient régis par la *lex fori concursus* ou par une autre loi[2] ;

c) En ce qui concerne le point g) sur l'annulation et en référence à l'article 16 de la refonte du Règlement CE, la question de savoir si les dispositions législatives devraient exclure l'application de la *lex fori concursus* à l'annulation d'un acte préjudiciable à l'ensemble des créanciers, si ledit acte est soumis à une autre loi que la *lex fori concursus* et que cette autre loi ne permet en l'espèce, par aucun moyen, d'attaquer cet acte[3] ;

d) En ce qui concerne le point h) sur le traitement des contrats et en référence à l'article 11.1 de la refonte du Règlement CE, la question de savoir si les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat donnant le droit d'acquérir un bien immeuble ou d'en jouir seraient régis par la *lex fori concursus* ou par la loi du lieu où ce bien est situé (*lex rei sitae*)[4] ;

e) En ce qui concerne le point i) sur le traitement de la compensation, préciser les aspects de la compensation qui relèveraient de la *lex fori concursus* et ceux qui relèveraient d'une autre loi applicable[5] ;

f) En ce qui concerne le point j) sur le traitement des créanciers garantis, la question de savoir si ce traitement serait régi par la *lex fori concursus* ou par une autre loi[6] ;

g) En ce qui concerne les points k) et l) portant respectivement sur les droits et obligations du débiteur et sur les devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité, la question de savoir si c'est la *lex fori concursus* ou la loi de l'État accordant la reconnaissance qui prévaudrait en cas de conflit concernant le pouvoir du débiteur de représenter la masse de l'insolvabilité dans l'État de reconnaissance. Le Groupe de travail est convenu d'examiner la question dans le contexte des procédures concurrentes en relation avec les règles déterminant la loi applicable[7] ;

h) En ce qui concerne le point o) sur le classement des créances et en référence au paragraphe 84 du commentaire accompagnant les recommandations 30 à 34 du Guide, la question de savoir s'il convient d'aborder les règles visant à établir l'équivalence entre les créances locales et les créances étrangères aux fins de leur traitement dans la procédure d'insolvabilité et, le cas échéant, de quelle manière. Le Groupe de travail a estimé que les termes « créance ordinaire » et « équivalence »

---

[1] A/CN.9/1094, par. 72.
[2] Ibid., par. 73.
[3] Ibid., par. 74 à 76.
[4] Ibid., par. 77.
[5] Ibid., par. 78.
[6] Ibid., par. 79.
[7] Ibid., par. 80.

figurant dans ce commentaire n'étaient pas clairs et nécessitaient d'être précisés. Il est convenu d'examiner ces questions dans le contexte des procédures concurrentes en relation avec les règles déterminant la loi applicable[8] ;

i) En ce qui concerne le point supplémentaire t) qui est proposé, concernant les obligations et les responsabilités des administrateurs, telles qu'elles sont abordées dans la quatrième partie du Guide, la question de savoir s'il convient d'inclure ce point et, dans l'affirmative, sa portée et sa formulation[9] ;

j) La question de savoir si la liste de la *lex fori concursus* devrait être complétée par une référence aux actions connexes (découlant de la loi sur l'insolvabilité et liées à la procédure d'insolvabilité)[10].

2. En outre, le Groupe de travail a reporté à plus tard la question de la portée de l'exception à la *lex fori concursus* prévue dans la recommandation 32 du Guide[11].

3. Le secrétariat fournit ci-dessous un historique et des éléments à prendre en considération pour chacune de ces questions.

B. Questions liées aux points de la liste de la *lex fori concursus* dont l'examen a été reporté

1. Traitement des droits et licences de propriété intellectuelle et des actifs numériques dans les procédures d'insolvabilité

a) Historique

4. À sa cinquante-neuvième session, le Groupe de travail a noté que si le Guide ne faisait pas référence aux « actifs numériques » ni aux « licences », il mentionnait expressément les droits et licences de propriété intellectuelle lorsqu'il décrivait les « actifs incorporels » constituant la masse de l'insolvabilité[12]. Le Groupe a été invité à déterminer si les actifs numériques et les droits et licences de propriété intellectuelle relevaient de la même catégorie et devraient être traités de la même manière. À cette session, il a été jugé utile de renforcer l'application de la *lex fori concursus* au traitement des actifs numériques et des droits et licences de propriété intellectuelle dans les procédures d'insolvabilité en tant qu'éléments de la masse de l'insolvabilité du débiteur[13]. On a rappelé les caractéristiques particulières de ces actifs (en particulier, les difficultés liées à leur localisation et à l'établissement de la compétence).

5. À sa soixantième session, le Groupe de travail est convenu qu'il devrait examiner plus avant la question de la loi applicable aux actifs numériques et aux droits et licences de propriété intellectuelle avant de pouvoir parvenir à une conclusion ferme sur ce point. On a rappelé les questions de la localisation des actifs numériques et de la qualification des licences[14]. Il a été jugé nécessaire de rassembler des informations supplémentaires sur le traitement de ces actifs dans les procédures d'insolvabilité, en consultation avec des experts et organisations concernés, comme

---

[8] Ibid., par. 82.
[9] Ibid., par. 83.
[10] Ibid., par. 71.
[11] Ibid., par. 87.
[12] Voir les recommandations 35 à 38 du Guide et le commentaire correspondant.
[13] A/CN.9/1088, par. 91.
[14] Voir, par exemple, Cour de justice européenne, *Comité d'entreprise de Nortel Networks SA et autres* c. *Cosme Rogeau* et *Cosme Rogeau* c. *Alan Robert Bloom et autres*, C-649/13, par. 10, 15, et 47 à 55 (https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?mode=DOC&pageIndex=0&docid=164958&part=1&doclang=FR&text=&dir=&occ=first&cid=4399222), et Canada, Cour supérieure de justice, 12 mai 2015, *Re Nortel Networks Corporation*, 2015 ONSC 2987 (https://kmlaw.ca/wp-content/uploads/2015/07/nortel_AllocationDec_12May15.pdf, en anglais seulement).

l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)[15].

6. Pour donner suite à cette demande, le secrétariat a tenu des consultations avec l'OMPI au sujet du traitement des droits et licences de propriété intellectuelle dans les procédures d'insolvabilité, ayant entendu que l'Organisation n'avait pas jusqu'alors entrepris de travaux sur cette question. Il est ressorti des consultations menées avec UNIDROIT que des travaux approfondis avaient été effectués au sujet des actifs numériques, y compris en ce qui concerne leur traitement dans les procédures d'insolvabilité et les questions de droit international privé liées à ces actifs.

b) Traitement des droits et licences de propriété intellectuelle dans les procédures d'insolvabilité

7. Le Groupe de travail a également estimé qu'il aurait besoin d'informations supplémentaires sur le traitement des droits et licences de propriété intellectuelle dans les procédures d'insolvabilité avant de pouvoir déterminer la loi qui régirait les effets de ces procédures sur les droits et licences en question[16]. Le Guide a été pris comme base pour l'analyse présentée ci-dessous des dispositions de fond du droit de l'insolvabilité relatives au traitement des droits et licences de propriété intellectuelle dans les procédures d'insolvabilité, mais il a été noté qu'il ne constituait ni un traité ni une loi type, et que le traitement de ces droits et licences dans les procédures d'insolvabilité variait considérablement d'un pays à l'autre et avait beaucoup évolué depuis son adoption. Le traitement de la propriété intellectuelle dans le cadre des procédures d'insolvabilité peut dépendre de nombreux facteurs, en particulier de la propriété intellectuelle concernée (c'est-à-dire si elle est ou non susceptible d'être protégée). Par exemple, certains pays protègent les marques et les secrets commerciaux, tandis que d'autres ne le font pas. Des régimes différents peuvent également s'appliquer à la propriété intellectuelle nationale et étrangère, la protection n'étant accordée qu'à la première. Dans un même pays et une même procédure d'insolvabilité, le traitement de la propriété intellectuelle peut dépendre, par exemple, des conditions de la licence et de la question de savoir si c'est le donneur ou le preneur de licence qui est le débiteur.

8. Le Guide recommande d'intégrer les droits et licences de propriété intellectuelle dans la masse de l'insolvabilité : lorsque le débiteur est le titulaire du droit de propriété intellectuelle ou le donneur de licence, la propriété intellectuelle fait partie de la masse du débiteur. Lorsque le débiteur est le preneur de licence, les droits et intérêts du débiteur sur la propriété intellectuelle font partie de la masse de l'insolvabilité du débiteur. Par conséquent, selon le régime recommandé par le Guide en matière de droit de l'insolvabilité, l'arrêt des poursuites empêchera le cocontractant de prendre une mesure, quelle qu'elle soit, concernant la licence pendant la procédure d'insolvabilité, y compris en modifiant la licence ou en y mettant fin de manière unilatérale.

9. Comme il est noté dans le document A/CN.9/WG.V/WP.87, dont le Groupe de travail était saisi à sa trente-sixième session, en 2009, il ressort des informations consignées par le Groupe de travail que les questions relatives à la propriété intellectuelle n'ont été soulevées qu'à deux reprises – et pas de manière détaillée – lors de l'élaboration du Guide, les deux fois dans le contexte du traitement des contrats après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Ces questions sont évoquées comme suit dans le Guide :

a) En tant que facteur justifiant le respect des clauses de résiliation ou de déchéance du terme automatique, du fait de la nécessité, pour les créateurs de propriété intellectuelle, de contrôler l'utilisation de cette dernière, ou en raison de l'effet sur les activités du cocontractant de la résiliation d'un contrat, en particulier

[15] A/CN.9/1094, par. 72.
[16] Ibid.

d'un contrat qui concerne un bien incorporel (paragraphe 115 de la deuxième partie, chapitre II) ;

b) En tant que facteur justifiant l'annulation de telles clauses lorsque, dans le cas d'un redressement par exemple, le contrat porte sur l'utilisation de droits de propriété intellectuelle associés à un produit clef, et la continuation du contrat peut permettre d'accroître le potentiel de gains de l'entreprise, de tirer parti de la valeur des contrats et d'impliquer tous les créanciers dans le redressement (paragraphe 116 de la deuxième partie, chapitre II) ; et

c) Dans le contexte des deux catégories d'exceptions générales au pouvoir de continuer, de rejeter ou de céder des contrats prévues dans les lois sur l'insolvabilité. La première catégorie a trait à des types particuliers de contrats, plusieurs exemples étant cités – contrats financiers à court terme, contrats d'assurance et contrats de prêt. Le commentaire indique ensuite qu'il « peut aussi être indiqué de prévoir des exceptions au pouvoir de rejeter des contrats dans le cas [notamment] des accords dans lesquels le débiteur est bailleur ou franchiseur ou octroie une licence de propriété intellectuelle et dont la résiliation mettrait fin ou nuirait gravement aux activités du cocontractant, en particulier si les avantages en découlant pour le débiteur sont relativement minimes ». Seuls deux types de contrats sont examinés plus en détail dans cette section : les contrats de travail et les contrats de services personnels irremplaçables (paragraphe 143 de la deuxième partie, chapitre II). La seconde catégorie d'exceptions concerne les contrats qui ne peuvent être poursuivis parce qu'ils stipulent la fourniture de services personnels irremplaçables. Le contrat peut porter, par exemple, sur des droits de propriété intellectuelle particuliers (paragraphe 146 de la deuxième partie, chapitre II).

10. Le Guide aborde donc le traitement de la propriété intellectuelle dans les procédures d'insolvabilité principalement dans le contexte du traitement des contrats poursuivis (recommandations 69 à 86 et commentaire correspondant). En effet, dans la pratique, les licences de propriété intellectuelle entrent souvent dans la catégorie des contrats poursuivis, car l'on s'attend à une forme ou une autre de poursuite de l'exécution par les deux parties. Par exemple, on peut s'attendre à ce que le preneur de licence continue de payer des redevances pour pouvoir utiliser la propriété intellectuelle, et à ce que le donneur de licence continue de s'abstenir de poursuivre le preneur pour atteinte à la propriété intellectuelle (tant que les redevances convenues sont versées). Toutefois, cela ne vaut pas nécessairement pour tous les types de licences de propriété intellectuelle.

11. D'après le Guide, des règles particulières s'appliquent aux contrats poursuivis en vertu de la loi sur l'insolvabilité. En particulier, le représentant de l'insolvabilité est libre de décider, dans un certain délai, soit de poursuivre l'exécution d'un contrat, soit de le rejeter (le Guide ne prévoit pas la possibilité de poursuivre ou de rejeter uniquement certaines parties du contrat). Dans certains pays, l'exécution du contrat prend fin sauf si le représentant de l'insolvabilité décide de la poursuivre. En cas de continuation, il est censé remédier à tout défaut d'exécution antérieur à l'insolvabilité. Le rejet du contrat poursuivi est considéré comme une inexécution, qui donne lieu à une créance chirographaire du cocontractant. Le représentant de l'insolvabilité peut également décider de céder un contrat, nonobstant les restrictions énoncées dans celui-ci. Toutefois, certains contrats, comme ceux prévoyant la fourniture de services personnels irremplaçables, ne peuvent pas toujours être cédés. Les principales considérations à prendre en compte dans le choix de continuer, de rejeter ou de céder un contrat sont la maximisation de la valeur et la réduction du passif de la masse.

12. Lorsque les licences de propriété intellectuelle sont considérées comme des contrats poursuivis, le représentant de l'insolvabilité du débiteur-donneur de licence a plusieurs possibilités les concernant, comme décrit ci-dessus. Le rejet de la licence peut avoir des incidences importantes sur les activités du preneur de licence et sur la préservation de ses droits d'utilisation de la propriété intellectuelle. Par exemple, dans certains cas, il peut être impossible d'utiliser du matériel protégé par un droit d'auteur en l'absence de la marque sous licence. C'est pourquoi certains pays accordent une

certaine protection au preneur de licence, en lui permettant notamment de décider soit : a) de considérer le rejet de l'accord de licence comme une résiliation et de se retourner contre le débiteur-donneur de licence dans la procédure d'insolvabilité ; soit b) de conserver les droits qu'il exerce au titre de la licence même contre la volonté du donneur de licence. Dans ce dernier cas, le donneur de licence (et le représentant de l'insolvabilité) ne peut pas remettre en cause ces droits, même s'il a rejeté la licence. Le droit de préservation des droits peut être soumis à certaines conditions et limitations. En particulier, la capacité du preneur de licence de céder les droits qui découlent de la licence sans le consentement du donneur peut être limitée. En outre, le donneur de licence peut être libéré de toute obligation qui lui incombe au titre de l'accord de licence, telle que l'obligation de payer des frais de maintien du brevet ou de fournir au preneur toute version ou mise à jour ultérieure de la licence, tandis que le preneur de licence est censé continuer de payer des redevances. En outre, on peut attendre du preneur de licence qu'il renonce à toute prétention à l'encontre du donneur de licence et à tout droit de compensation dans la procédure d'insolvabilité.

13. Lorsque le débiteur est le preneur de licence, cela peut avoir des incidences sur les revenus attendus par le donneur de licence. Lorsque la licence est maintenue, les redevances versées au titre de la licence après l'ouverture de la procédure sont assimilées à une « dépense afférente à l'administration de la procédure ». Selon certaines lois, le représentant de l'insolvabilité du débiteur-preneur de licence ne jouit pas nécessairement du même pouvoir de poursuivre ou rejeter le contrat ou de le céder à un tiers que le représentant de l'insolvabilité du débiteur-donneur de licence. Un certain nombre de tribunaux ont jugé que le droit des brevets, des marques et des droits d'auteur interdisait la cession d'une licence de propriété intellectuelle sans le consentement du donneur de licence. Ils ont conclu que le représentant de l'insolvabilité du débiteur-preneur ne pouvait donc pas nécessairement céder la licence sans le consentement du donneur de licence. Certains tribunaux appliquent le critère de l'« intention réelle », qui permet au représentant de l'insolvabilité de poursuivre la licence de propriété intellectuelle en l'absence d'intention réelle de la céder ultérieurement. D'autres tribunaux appliquent le critère « hypothétique » et n'autorisent pas le représentant de l'insolvabilité à poursuivre la licence en partant de l'hypothèse que celle-ci pourrait être cédée ultérieurement. Cette dernière approche ne laisse au représentant de l'insolvabilité du débiteur-preneur d'autre choix que de rejeter la licence de propriété intellectuelle ou d'y mettre fin. Dans les pays qui autorisent les accords de « réaffirmation des dettes », le débiteur-preneur peut se prévaloir de cette possibilité sous réserve de certaines conditions et garanties (similaires à celles décrites aux paragraphes 343 et 344 de la cinquième partie du Guide).

14. Les considérations ci-dessus s'appliquent aux licences non exclusives de propriété intellectuelle qui sont considérées comme conférant des droits personnels plutôt que réels et ne sont pas cessibles en cas d'objection du donneur de licence. En comparaison, de nombreux tribunaux ont jugé que le preneur d'une licence exclusive pouvait jouir de tous les droits du donneur de licence, y compris en matière de transfert, de sorte qu'il jouissait en fait d'un droit de propriété sur la propriété intellectuelle, dont l'acceptation et la cession ne pouvaient pas, ou ne devaient pas, être limitées. Il en résulte qu'un débiteur-preneur de licence exclusive peut être en mesure d'accepter un accord de licence de propriété intellectuelle et de le céder à une autre entité contre la volonté du donneur de licence.

15. Quant à la loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances en matière de propriété intellectuelle existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, celle-ci devrait, conformément à la recommandation 30 du Guide, être déterminée par les règles de droit international privé de l'État où est ouverte cette procédure. L'approche principale est de nature territoriale. Le cadre juridique régissant une grande partie de la propriété intellectuelle est harmonisé par le biais de règles de fond uniformes définies dans des accords multilatéraux, tels que l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC).

16. En ce qui concerne la loi applicable aux effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits de propriété intellectuelle, il est ressorti des consultations d'experts menées par le secrétariat qu'une exception à la *lex fori concursus* ne serait pas nécessaire. Il a été estimé que la localisation des droits de propriété intellectuelle représentait la principale difficulté liée au traitement des droits de propriété intellectuelle dans la procédure d'insolvabilité. Comme il est noté au paragraphe 10 du document A/CN.9/WG.V/WP.183, cette question pourrait sortir du cadre du présent projet.

c) Traitement des actifs numériques dans les procédures d'insolvabilité

17. Le Groupe de travail a également estimé qu'il avait besoin d'informations supplémentaires sur le traitement des actifs numériques dans les procédures d'insolvabilité avant de pouvoir décider de la loi qui régirait les effets d'une telle procédure sur ces actifs[17]. Il souhaitera peut-être noter que, bien que le Guide ne traite pas spécifiquement des actifs numériques, le traitement de ces derniers dans la procédure d'insolvabilité peut dépendre de l'actif en question. Par exemple, des droits et obligations liés à certains actifs numériques peuvent naître dans le cadre de systèmes de paiement ou de règlement et de marchés financiers et, dans ce cas, les recommandations 32 et 101 à 107 du Guide s'appliqueraient.

18. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi rappeler que, à sa cinquante-neuvième session, le secrétariat a appelé son attention sur les travaux menés par UNIDROIT sur les actifs numériques et le droit privé[18]. Le projet de principes et les commentaires élaborés sur ce sujet qui ont été présentés au Groupe de travail d'UNIDROIT sur les actifs numériques et le droit privé lors de sa sixième session (Rome, 31 août-2 septembre 2022) sont disponibles sur le site Web de l'Institut[19]. Ils portent notamment sur : a) les règles de droit international privé (projet de principe 5) ; b) l'insolvabilité d'un prestataire de services de garde (projet de principe 15) ; c) les effets de l'insolvabilité sur les droits de propriété [et les sûretés] sur des actifs numériques (projet de principe 21) ; et d) l'exécution (projet de principe 20, qui est lié au projet d'UNIDROIT sur des procédures d'exécution efficaces)[20]. Le Groupe de travail souhaitera peut-être reporter sa décision sur la question de savoir s'il convient de prévoir, dans les dispositions législatives, une exception à la *lex fori concursus* en ce qui concerne les actifs numériques en attendant d'examiner les résultats des travaux menés par UNIDROIT, que le secrétariat de la CNUDCI portera à son attention en temps voulu.

2. Conventions d'arbitrage et procédure arbitrale

19. À sa cinquante-neuvième session, le Groupe de travail a entendu divers avis concernant l'opportunité de confirmer ou non les effets de la *lex fori concursus* sur les procédures arbitrales[21]. Il a été noté que les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité n'abordaient pas expressément cette question. Compte tenu du rôle que joue l'arbitrage dans le commerce international, il a été jugé important de combler cette lacune en s'appuyant sur les commentaires pertinents qui figuraient déjà dans les textes de la CNUDCI relatifs à l'insolvabilité, comme le commentaire relatif à

---

[17] Ibid.

[18] A/CN.9/WG.V/WP.176, par. 33 h).

[19] Étude LXXXII – W.G.6 – Doc.2, disponible à l'adresse https://unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law/#1622753957479-e442fd67-036d.

[20] Pour plus d'informations, consulter la page suivante : https://www.unidroit.org/fr/travaux-en-cours/execution-meilleures-pratiques/.

[21] Ibid., par. 79.

l'article 20 de la LTI[22]. Cette proposition a été appuyée[23]. Dans le même temps, il a aussi été jugé nécessaire d'aborder les difficultés pratiques liées à l'imposition et à la mise en œuvre d'un arrêt des poursuites sur une procédure arbitrale se déroulant à l'étranger[24].

20. À sa soixantième session, le Groupe de travail a examiné les effets de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur : a) la force exécutoire des conventions d'arbitrage et l'issue des procédures arbitrales achevées avant l'ouverture de la procédure, notant qu'il se pouvait que ces questions soient traitées dans la recommandation 30 du Guide ; et b) les procédures arbitrales en cours qui, selon les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité, devaient être suspendues. On a rappelé la proposition tendant à inclure des règles expresses déterminant la loi applicable à ces aspects dans les dispositions législatives. Dans ce contexte, l'avis a été exprimé que l'approche adoptée à l'article 18 de la refonte du Règlement CE était obsolète et inadéquate puisque le siège de l'arbitrage pouvait n'avoir qu'un lien très lointain avec le débiteur et la masse de l'insolvabilité. Selon l'avis opposé, l'approche adoptée dans la refonte était viable, compte tenu des difficultés liées à l'application de l'article 20 de la LTI dans le contexte d'un redressement, en particulier dans le cas d'un débiteur non dessaisi[25].

21. Le Groupe de travail souhaitera peut-être rappeler que le commentaire sur l'article 20 de la LTI relatif aux effets d'un arrêt des poursuites sur les procédures arbitrales a été inclus dans le contexte étroit des effets de la reconnaissance d'une procédure étrangère principale sur l'ouverture ou la poursuite d'actions ou de procédures individuelles visant les biens, les droits, les obligations ou les responsabilités du débiteur, qui doivent être suspendues dès la reconnaissance. En guise de comparaison, le Guide mentionne plus largement les mêmes considérations dans le contexte des recommandations relatives aux mesures applicables à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et à l'aménagement de ces mesures[26]. Il convient de lire ces dispositions avec la recommandation 47 (dernière phrase) du Guide ainsi que l'article 20-3 de la LTI, prévoyant que les actions ou procédures individuelles engagées dans la mesure où cela est nécessaire pour préserver une créance contre le débiteur sont exclues de l'application de l'arrêt des poursuites. De plus, le commentaire concernant l'article 20 de la LTI reconnaît que les intérêts des parties peuvent justifier l'autorisation de la poursuite d'une procédure arbitrale, possibilité envisagée au paragraphe 2 de cet article et qui est à déterminer par la législation de l'État adoptant.

22. En vertu de l'article 18 de la refonte du Règlement CE, les effets de la procédure d'insolvabilité sur une procédure arbitrale en cours concernant un bien ou un droit qui fait partie de la masse de l'insolvabilité d'un débiteur sont régis exclusivement par la loi de l'État dans lequel le tribunal arbitral a son siège. Le considérant 73 de la refonte du Règlement CE note que l'article 18 ne devrait pas affecter les règles nationales en vigueur en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales. La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences

---

[22] Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 180, indiquant que le paragraphe 1 a) de l'article 20 de la LTI couvre les actions engagées auprès d'un tribunal arbitral, établissant ainsi une limite impérative à l'efficacité de la convention d'arbitrage. Celle-ci s'ajoute aux autres restrictions de la liberté des parties d'avoir recours à l'arbitrage qui peuvent être prévues dans le droit interne (par exemple, quant à l'arbitrabilité ou à la capacité de conclure une convention d'arbitrage) et n'est pas contraire à la Convention de New York.

[23] A/CN.9/1088, par. 81.

[24] Ibid., par. 86. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI indique, au paragraphe 180, que compte tenu des particularités de l'arbitrage international, en particulier de son indépendance relative par rapport au système juridique de l'État où la procédure d'arbitrage a lieu, il ne sera pas toujours possible, dans la pratique, d'appliquer la suspension ou l'interdiction automatique de la procédure d'arbitrage, par exemple si celle-ci n'a lieu ni dans l'État adoptant ni dans l'État où se déroule la procédure principale.

[25] A/CN.9/1094, par. 73.

[26] Voir, par exemple, la note de bas de page 20 de la recommandation 46 du Guide, qui renvoie à l'article 20 de la LTI, et la recommandation 49 du Guide.

arbitrales étrangères de 1958[27] (la Convention de New York) comptant 170 États parties, la majorité des États s'y référent pour les questions liées à l'arbitrage commercial international.

23. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question plus avant en tenant compte des projets de dispositions législatives correspondants (notamment concernant l'ouverture, la protection et la préservation de la masse de l'insolvabilité, l'annulation et le traitement des contrats) et de divers cas de figure envisageables qui pourraient soulever diverses questions (par exemple, il existe une convention d'arbitrage valable mais aucune procédure arbitrale n'a encore été engagée ; l'une des parties demande l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en contournant la convention d'arbitrage, y compris de manière inappropriée ; une procédure arbitrale a été engagée avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ; et une sentence arbitrale a été obtenue peu avant l'ouverture de la procédure).

3. Annulation, compensation et traitement des créanciers garantis

a) Historique

24. À ses cinquante-neuvième et soixantième sessions, le Groupe de travail a pris note des différentes approches suivies en ce qui concerne la loi régissant les effets de la procédure d'insolvabilité sur la compensation, les droits réels[28] (le traitement des créanciers garantis en particulier) et les exceptions à l'application de la *lex fori concursus* à l'annulation[29]. Dans ce contexte, il a été fait référence aux recommandations 30 à 34 du Guide, au commentaire correspondant et à l'historique de leur rédaction, au rapport du colloque, aux documents de travail A/CN.9/WG.V/WP.176 et A/CN.9/WG.V/WP.179, à la refonte du Règlement CE et au règlement mondial sur les questions de conflit de lois dans les cas d'insolvabilité internationale. L'avis a été exprimé que si le commentaire portant sur les recommandations 30 à 34 du Guide notait bien qu'il existait différentes approches pour déterminer la loi régissant l'annulation, la compensation et les sûretés dans les procédures d'insolvabilité et les politiques qui sous-tendent ces approches, il n'expliquait pas clairement pourquoi les exceptions à la *lex fori concursus* n'englobaient pas ces questions[30].

25. Pendant la discussion, le Groupe de travail s'est demandé si la protection des attentes légitimes des parties à des opérations devait systématiquement l'emporter sur d'autres considérations. Il a été noté que les approches adoptées dans la refonte du Règlement CE sur ces questions étaient sujettes à débat. Certains se sont demandé s'il était possible de les mettre en œuvre au niveau mondial et si elles étaient nécessaires compte tenu du cadre mis en place par la CNUDCI en matière d'insolvabilité, qui assurait une protection adéquate aux créanciers et aux autres personnes intéressées. Certains ont fait remarquer que la question de la légitimité des attentes des parties était également sujette à débat. Selon un avis, le Groupe de travail devait faire preuve de prudence s'il envisageait de s'écarter des choix généraux faits par la CNUDCI au moment d'adopter les recommandations 30 à 34 ; tout écart de ce type devrait se justifier par rapport aux besoins réels et à l'objectif tendant à simplifier les règles déterminant la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité[31].

---

[27] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, nº 4739.

[28] En ce qui concerne les « droits réels », le Groupe de travail a noté, à sa soixantième session, que les textes de la CNUDCI ne définissaient pas ce terme et que l'on trouvait une liste indicative de ces droits à l'article 8-2 de la refonte du Règlement CE. En ce qui concerne l'article 32 de la LTI, qui fait référence à la fois aux créances assorties de sûretés et aux droits réels, le Groupe de travail a pris note du commentaire correspondant figurant au paragraphe 241 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation, qui précise ces expressions et les points de recoupement entre elles et indique que les États adoptants peuvent employer un ou plusieurs autres termes pour exprimer ces notions (voir A/CN.9/WG.V/WP.179, par. 31).

[29] A/CN.9/1088, par. 83 et note de bas de page correspondante, et A/CN.9/1094, par. 74 à 76 et 78.

[30] Ibid., par. 78.

[31] Ibid., par. 84.

b) Annulation

26. Le Groupe de travail est convenu d'examiner la question de l'annulation plus en détail en utilisant l'approche adoptée dans le Guide comme point de départ[32].

Approche suivie dans le Guide

27. Compte tenu des observations formulées par le Groupe de travail à sa soixantième session dans un autre contexte[33], le secrétariat tient à préciser que les dispositions du Guide relatives à l'annulation s'appliquent aux opérations qui ont eu lieu avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (voir le terme y) du glossaire). Elles ne s'appliquent pas aux opérations non autorisées qui peuvent avoir lieu pendant la procédure, auxquelles s'appliquent des règles distinctes concernant l'utilisation et la disposition des actifs. Néanmoins, les dispositions relatives à l'annulation peuvent également être pertinentes en cas de conversion d'une procédure en une autre (par exemple, procédure de redressement en procédure de liquidation).

28. Selon le Guide, la *lex fori concursus* détermine les types d'opérations qui peuvent être annulés et ceux qui échappent à l'application des dispositions d'annulation ; les critères d'annulation, y compris les éléments à prouver et les moyens de défense[34] ; la durée de la période suspecte et la date à partir de laquelle elle est calculée rétroactivement ; les tribunaux compétents pour connaître des actions en annulation dans l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ; les personnes susceptibles d'engager une action en annulation et les conditions y relatives ; les sources de financement des dépenses liées aux actions en annulation, y compris l'admissibilité d'un financement par des tiers et les conditions et garanties relatives à l'obtention d'un tel financement ; les effets de l'annulation ; la responsabilité du cocontractant à l'opération annulable et les voies de droit en cas de non-respect ; et la possibilité de recourir à l'annulation, la portée de celle-ci et les opérations qui sont susceptibles ou non d'être annulées en cas de conversion de la procédure. Des lois non liées à l'insolvabilité peuvent compléter ou limiter les dispositions d'annulation de la loi sur l'insolvabilité, notamment en ce qui concerne les actions visant à annuler des opérations préjudiciables aux créanciers en dehors du cadre de l'insolvabilité (par exemple, action paulienne), les opérations d'initiés, la compensation avec déchéance du terme, les contrats dérivés et les opérations concernant le patrimoine des époux.

29. Si le Groupe de travail décide de conserver l'approche suivie dans le Guide, il pourra souhaiter combler les lacunes des dispositions. Par exemple, le Guide n'indique pas expressément la loi qui régirait l'annulation des droits et obligations des participants à un système de paiement ou de règlement ou à un marché financier réglementé (exception à la *lex fori concursus* visée dans la recommandation 32 ; voir le projet de disposition législative ci-dessous) et l'annulation du rejet, de la continuation ou de la modification de contrats de travail (exception à la *lex fori concursus* visée dans la recommandation 33 ; voir le projet de disposition législative figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.183). En outre, comme l'a noté le Groupe de travail, le Guide ne dit rien sur les raisons ayant conduit à adopter cette approche. Les dispositions législatives devraient expliquer ces raisons et répondre aux préoccupations exprimées selon lesquelles l'approche en question ne favorise pas la sécurité sur le marché, ne garantit pas la prévisibilité et ne préserve pas les attentes légitimes des créanciers puisqu'il est possible d'annuler une opération en vertu d'une loi qui n'a aucun lien, ou qu'un lien lointain, avec celle-ci. Pour répondre à ces préoccupations, il a jusqu'à présent été dit que, compte tenu du droit international de

[32] A/CN.9/1094, par. 76.

[33] Ibid., par. 50.

[34] Parmi les moyens de défense qui ne sont pas expressément mentionnés dans le Guide, on peut arguer que l'opération concernée est soumise à une loi qui ne permet en l'espèce par aucun moyen de la contester. Certains États peuvent choisir d'écarter ce moyen de défense s'il est prouvé que cette autre loi n'a pas de relation substantielle avec les parties ou l'opération, et qu'il n'existait pas d'autre fondement raisonnable pour choisir cette loi comme étant celle qui régit l'opération en question.

l'insolvabilité, les parties à une opération commerciale devaient savoir qu'une éventuelle procédure d'insolvabilité se déroulerait très probablement dans le pays du centre de leurs intérêts principaux[35] et que, par conséquent, la loi de ce pays pouvait avoir des effets sur le traitement de leurs droits, de leurs créances et de leurs opérations dans la procédure, notamment en écartant la loi qui s'appliquerait autrement à ces opérations. En outre, il a été estimé que le cadre mis en place par la CNUDCI en matière d'insolvabilité internationale protégeait les créanciers et les autres personnes intéressées contre les effets inacceptables d'une loi étrangère[36] et que, le cas échéant, ce cadre pourrait être renforcé afin qu'il soit possible de déterminer la loi qui régirait les effets d'une procédure d'insolvabilité et d'identifier les risques commerciaux de manière plus prévisible. La prise en compte de ces préoccupations pourrait atténuer les difficultés liées à la reconnaissance et à l'exécution internationales des effets de l'annulation en vertu de la *lex fori concursus*, y compris les sanctions en cas de non-respect par un cocontractant.

Autres approches

30. Le commentaire relatif aux recommandations 30 à 34 du Guide et le rapport du colloque mentionnent d'autres approches, notamment l'une tendant à ce que la loi applicable à l'opération ou la loi du lieu où se trouve l'actif (*lex rei sitae*) régisse les actions en annulation relatives à cette opération ou à cet actif. La politique qui sous-tend cette approche entend protéger les cocontractants et leur capacité de se fier à la loi régissant leurs opérations avec le débiteur, en leur apportant un certain degré de sécurité et de prévisibilité quant au fait que les opérations en question ne seront pas contestées ultérieurement dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité. Certaines lois combinent la *lex fori concursus* et la loi régissant l'opération selon différentes modalités. Une approche consiste à considérer qu'une opération sera uniquement susceptible d'annulation, en cas d'insolvabilité, si elle est annulable à la fois en vertu de la *lex fori concursus* et de la loi régissant l'opération. À l'appui de cette approche, il est dit qu'elle contribue à réduire le coût du crédit et des opérations commerciales en raison de la diminution du risque d'annulation. Selon une autre, une opération peut être annulée si l'annulation peut être obtenue en vertu de la *lex fori concursus* ou de la loi régissant l'opération. Une loi, par exemple, prévoit que la *lex fori concursus* s'appliquera à l'annulation, mais reconnaît l'application d'une autre loi si celle-ci est plus rigoureuse et conduirait à l'annulation d'un plus grand nombre d'opérations.

31. Jusqu'à présent, le Groupe de travail a examiné l'approche retenue à l'article 16 de la refonte du Règlement CE, qui prévoit la protection d'un acte contre l'annulation s'il est soumis à une autre loi que la *lex fori concursus* et que cette autre loi ne permet, en l'espèce, par aucun moyen d'attaquer cet acte. Il a relevé dans ce contexte une garantie possible visant à empêcher un choix abusif de la loi applicable[37]. Parmi les préoccupations exprimées au sein du Groupe de travail au sujet de cette approche, il a été dit qu'elle remettait en cause : a) le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation, puisqu'elle n'offrait une protection supplémentaire qu'à certains créanciers ; et b) la sécurité, la simplicité et l'efficacité administrative des procédures d'insolvabilité, car elle était lourde (par exemple, elle exigeait la localisation de l'acte préjudiciable, ce qui pouvait être difficile, surtout dans le monde numérique).

32. Si le Groupe de travail décide de s'écarter de l'approche suivie dans le Guide, il devrait en envisager d'autres et examiner les conséquences de chacune sur la réalisation des objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace énoncés dans la recommandation 1 du Guide. En particulier, toutes les autres approches énumérées ci-dessus nécessiteraient l'évaluation, par le tribunal, d'un régime d'annulation étranger. Si l'on peut observer une certaine convergence entre les pays sur certaines

[35] Voir, par exemple, le paragraphe 29 du Guide pour l'incorporation de la LTIGE.

[36] Voir, par exemple, l'article 6 de la LTI sur l'exception d'ordre public et les articles 21 et 22 sur la protection des créanciers et des autres personnes intéressées.

[37] Voir, par exemple, la règle mondiale 23.

notions fondamentales relatives à l'annulation, par exemple en ce qui concerne les types d'opérations qui sont habituellement annulés, il existe encore de nombreuses divergences sur d'autres éléments, tels que les critères d'annulation, la définition du cours normal des affaires et les catégories de personnes considérées comme ayant des liens privilégiés avec le débiteur (voir les sections pertinentes du document A/CN.9/WG.V/WP.183). Certains pays utilisent des critères objectifs et prévoient l'annulation de toutes les opérations qui ont eu lieu pendant la période suspecte, des opérations à titre gratuit et de celles réalisées avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, tandis que d'autres utilisent des critères subjectifs nécessitant une approche individualisée et prouvant l'intention, la connaissance, etc. D'autres encore utilisent une combinaison des deux. Au sein d'un même pays, les critères d'annulation, les présomptions, la répartition de la charge de la preuve et la durée de la période suspecte peuvent varier en fonction des parties concernées (par exemple, administrateurs ou autres personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur) et du motif de l'annulation (par exemple, fraude). Les effets de l'annulation peuvent également différer en fonction de tous ces facteurs : certaines opérations peuvent être automatiquement annulées tandis que d'autres seront annulables. Les délais pour engager une action en annulation peuvent également varier d'un pays à l'autre. Tous ces facteurs rendent l'annulation complexe, longue et imprévisible, surtout lorsqu'il faut prouver l'intention ou la connaissance des parties aux opérations susceptibles d'annulation. La nécessité d'évaluer un régime d'annulation étranger, dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité nationale ou d'une action en annulation distincte, qui n'est pas nécessairement régi uniquement par la loi sur l'insolvabilité mais aussi par d'autres lois applicables, renforce encore ces difficultés.

c) Traitement de la compensation (set-off)

33. À sa cinquante-neuvième session, le Groupe de travail a noté que la compensation pouvait être une question ne relevant pas uniquement du droit de l'insolvabilité, puisqu'elle pouvait être liée au droit des contrats, voire aux droits réels[38]. Il a été noté que l'inscription du point sur le traitement de la compensation dans la liste de la *lex fori concursus* permettrait de se concentrer sur la question clef, à savoir si la compensation serait autorisée en vertu de la *lex fori concursus*[39]. À sa soixantième session, le Groupe de travail est convenu de modifier le point i) de la liste de la *lex fori concursus* pour qu'il se lise « traitement de la compensation », plutôt que « compensation » tout court, comme dans la recommandation 31. Il a remis à plus tard l'examen d'autres éléments pertinents pour ce point[40]. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les éléments suivants en relation avec ce point et déterminer s'ils pourraient servir de base à la rédaction d'un commentaire relatif au point i) ainsi modifié. Le secrétariat a utilisé l'approche suivie dans le Guide comme point de départ.

34. Il existe différents types de compensation (contractuelle, légale, équitable, bancaire, etc.). Le point i) traite uniquement de la compensation obligatoire en cas d'insolvabilité, qui s'appliquerait indépendamment de tout accord conclu entre les parties contractantes. Ce régime serait régi par la *lex fori concursus* et les parties ne sauraient y déroger.

35. Le commentaire relatif aux recommandations 30 à 34 du Guide donne des précisions à ce sujet. Il reconnaît que les droits à compensation peuvent être soumis à une loi autre que la loi du for, pour des raisons liées aux attentes des parties, en particulier si elles ont des relations d'affaire régulières entre elles. Dans le même temps, le paragraphe 91 du commentaire indique que les règles de compensation du for devraient s'appliquer aux créances puisque, dans l'insolvabilité, les droits à

[38] Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que lors de l'élaboration de la LTI, on a posé la question de savoir si la compensation devait ou non entrer dans le cadre des droits réels. Par la suite, il n'a pas jugé nécessaire de définir l'expression « droits réels » et a laissé aux législations nationales le soin de la définir (A/CN.9/422, par. 63 et 64).

[39] A/CN.9/1088, par. 65 b).

[40] A/CN.9/1094, par. 78.

compensation sont étroitement liés à la preuve et à la quantification des créances ainsi qu'aux principes régissant l'égalité de traitement des créanciers. Par ailleurs, il indique que comme il s'agit de questions réglementées par la loi du for, les droits à compensation devraient être réglementés de la même façon.

36. Selon le Guide, la *lex fori concursus* déterminera si la compensation est autorisée dans une procédure d'insolvabilité. La recommandation 100 indique l'approche qu'il convient de suivre en ce qui concerne le traitement de la compensation, tandis que le commentaire y relatif indique que la loi sur l'insolvabilité devrait protéger un droit général de compensation existant en vertu d'une autre loi que la loi sur l'insolvabilité et né avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, sous réserve de l'application de dispositions d'annulation. La loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité devrait être déterminée par les règles de droit international privé de l'État où est ouverte cette procédure (recommandation 30 du Guide).

37. Si la compensation est autorisée, la *lex fori concursus* détermine à l'égard de quelles obligations et sous quelles conditions elle l'est, en particulier : a) si elle est autorisée uniquement à l'égard des obligations monétaires qui viennent à échéance avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou également à l'égard de celles qui viendraient à échéance après ; b) si les obligations soumises à compensation doivent naître d'un contrat unique ou peuvent naître de contrats multiples (c'est-à-dire qu'elles ne sont pas nécessairement mutuelles ou liées) ; et c) si l'arrêt des poursuites s'applique à l'exercice des droits de compensation et, dans l'affirmative, la question du traitement des créanciers qui ont ce genre de droits (par exemple, en tant que créanciers garantis), ou s'il ne s'applique pas et, dans ce cas, si la compensation est automatiquement effectuée à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La *lex fori concursus* traite également de la compensation des créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, et de l'annulation des compensations effectuées avant l'ouverture de la procédure et des opérations connexes (par exemple, achat de créances au rabais dans le but d'accumuler des droits de compensation). Une exception à la *lex fori concursus* dans ce domaine concerne la compensation dans le cadre de systèmes de paiement ou de règlement et de marchés financiers réglementés (recommandation 32 du Guide).

38. Certains pays peuvent favoriser la compensation et rendre la loi plus favorable à la compensation applicable dans les procédures d'insolvabilité [41]. Des préoccupations ont été exprimées au sein du Groupe de travail au sujet de cette approche, car on a estimé que la nécessité de déterminer le régime étranger applicable en matière de compensation, qui pouvait être régi non seulement par la loi sur l'insolvabilité, mais aussi par d'autres lois, pouvait avoir des incidences importantes sur la conduite et l'administration de la procédure d'insolvabilité dans l'État d'ouverture. Cela impliquerait notamment de vérifier dans quelle mesure la compensation était autorisée de manière générale et dans un cas particulier, et de coordonner le droit d'exercer la compensation avec d'autres aspects de la procédure d'insolvabilité nationale, tels que l'arrêt des poursuites, la levée de l'arrêt et le moment de la compensation. En outre, il se pouvait que la compensation de créances dans une même procédure d'insolvabilité soit régie par différents systèmes juridiques, dont certains pouvaient l'autoriser et d'autres non, ce qui aurait des incidences sur le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation. Il pourrait arriver que certains créanciers chirographaires soient entièrement remboursés avant d'autres créanciers du fait de la compensation. En outre, si l'annulation de la compensation restait soumise à la *lex fori concursus*, cette dernière pourrait ne pas permettre l'annulation de la compensation effectuée en vertu d'une loi étrangère et ainsi ne pas réponde aux éventuels griefs des autres créanciers et parties intéressées, y compris des salariés, en relation avec cette compensation. Ces préoccupations peuvent être atténuées dans une certaine mesure par l'exception d'ordre public et

[41] Voir, par exemple, l'article 9 de la refonte du Règlement CE.

d'autres garanties, par exemple celles qui visent à protéger suffisamment les créanciers et les autres parties intéressées contre un choix déraisonnable de la loi applicable et les conséquences déraisonnables liées à l'application de la loi étrangère à la compensation[42]. L'exception d'ordre public peut également être invoquée lorsque la qualification des régimes de compensation national et étranger diffère, de sorte que le tribunal national n'applique aucune règle étrangère qu'il juge de nature procédurale.

d) Traitement des créanciers garantis

39. À la cinquante-neuvième session du Groupe de travail, ce point a été examiné dans le contexte plus large du traitement des droits réels antérieurs à l'ouverture de la procédure. Le Groupe de travail a entendu différents avis concernant le traitement de ces droits dans les procédures d'insolvabilité, une approche consistant à les soumettre à la *lex fori concursus*, tandis qu'une autre consistait à les isoler des effets de toute procédure d'insolvabilité, à l'exception des actions en annulation et sous réserve d'une éventuelle mesure destinée à empêcher une exploitation abusive des « paradis fiscaux »[43]. En raison des avantages et des inconvénients de ces approches, on a dit appuyer la recherche d'un juste milieu, consistant par exemple à soumettre les droits réels antérieurs à l'ouverture de la procédure aux effets de la *lex rei sitae*[44].

40. À sa soixantième session, le Groupe de travail est convenu de différer l'examen de cette question. Il a pris note de l'avis exprimé par certaines délégations, qui estimaient qu'il ne fallait pas s'écarter des approches adoptées en la matière dans les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité et les opérations garanties, ainsi que de celui exprimé par d'autres délégations, estimant que l'on pourrait prévoir, à titre de compromis, de soumettre les droits réels aux effets de la *lex rei sitae*[45].

41. Comme il était noté dans le document A/CN.9/WG.V/WP.176, la proposition tendant à inclure une exception à la *lex fori concursus* pour les droits réels n'a pas été suffisamment appuyée lors de l'élaboration du Guide[46]. Néanmoins, le paragraphe 88 du commentaire relatif aux recommandations 30 à 34 du Guide reconnaît qu'une telle exception est prévue dans les lois sur l'insolvabilité, en particulier en ce qui concerne les sûretés réelles, car l'application de la *lex fori concursus* aux sûretés pourrait avoir une incidence sur le cadre juridique du crédit garanti, en introduisant un facteur d'instabilité susceptible d'augmenter le coût interne du financement. Si une procédure étrangère empiète sur des sûretés réelles locales, la valeur de ces dernières risque d'être gravement compromise. De même, le transfert du centre des intérêts principaux dans un autre État risque de modifier radicalement la position du créancier garanti.

42. Si le point j) reste inscrit sur la liste de la *lex fori concursus*, le commentaire y relatif devrait expliquer pourquoi cette approche a été retenue. Dans ce cas, en vertu des dispositions législatives, la *lex fori concursus* régirait le traitement des créanciers garantis dans les procédures d'insolvabilité, en particulier de questions telles que le point de savoir si les actifs grevés font partie de la masse de l'insolvabilité et si les créanciers garantis sont tenus de déclarer leurs créances (voir la recommandation 172 du Guide). En vertu de la *lex fori concursus* de certains États, les droits des créanciers garantis ne sont pas nécessairement affectés par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, et les créanciers garantis sont en mesure de les exercer sans être gênés par la procédure[47]. En vertu de la *lex fori concursus* d'autres États, les droits des créanciers garantis sont affectés [l'approche recommandée dans le Guide consiste à inclure les droits du débiteur sur des actifs grevés dans la masse de l'insolvabilité (voir recommandation 35 a)]. En fonction de l'approche suivie sur ce point, d'autres questions liées au traitement des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité

[42] Voir, par exemple, la règle mondiale 18.
[43] Voir, par exemple, la règle mondiale 16.
[44] A/CN.9/1088, par. 65 c).
[45] A/CN.9/1094, par. 79.
[46] Voir les paragraphes 9, 10, 22 et 23 de ce document.
[47] Voir, par exemple, l'article 8 de la refonte du Règlement CE.

pourront ou non se poser (par exemple, la suspension des actions en exécution engagées par des créanciers garantis ; les demandes d'aménagement de l'arrêt des poursuites ; la protection des créanciers garantis contre toute diminution de la valeur des actifs grevés ; le traitement des créanciers garantis et des actifs grevés dans le contexte du financement postérieur à l'ouverture de la procédure ; et la priorité des créances garanties). Quelle que soit l'approche adoptée, les sûretés réelles peuvent être soumises aux dispositions d'annulation de la *lex fori concursus* pour les mêmes motifs que d'autres opérations (voir la recommandation 88 du Guide).

43. Autrement, on pourrait prévoir une disposition législative qui pourrait se lire comme suit :

> « 1. Les effets de la procédure d'insolvabilité sur [les droits réels grevant les actifs du débiteur] [le traitement des créanciers garantis] sont régis par la *lex rei sitae*[48] [au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité].
>
> 2. Nonobstant le paragraphe 1 de la présente [disposition législative], les actions en annulation de [droits réels] [sûretés réelles] sont régies par la *lex fori concursus*. »

4. Contrats portant sur un bien immobilier

44. À ses cinquante-neuvième et soixantième sessions, le Groupe de travail a reporté l'examen de la question de savoir s'il fallait établir un régime particulier pour les contrats portant sur un bien immobilier[49]. Dans ce contexte, il a été fait référence à l'article 11.1 de la refonte du Règlement CE, qui prévoit que les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat donnant le droit d'acquérir un bien immobilier ou d'en jouir sont régis exclusivement par la loi de l'État sur le territoire duquel ce bien est situé. Cette disposition couvre les contrats d'utilisation (location, location-financement) du bien immobilier et ceux qui régissent un changement de propriété par le biais d'un transfert de la propriété légale (par exemple, vente du bien immobilier). La nécessité d'appliquer la *lex rei sitae* à ce type de contrats s'explique par le lien particulièrement étroit qui existe entre les droits légaux sur les biens immobiliers et le régime juridique du lieu où ces biens sont situés. Ce régime juridique reflète les choix de politique générale faits par les États dans lesquels se trouvent les biens immobiliers afin de protéger les droits des propriétaires et des utilisateurs de ces biens (par exemple, les locataires) ainsi que leurs propres intérêts (par exemple, sur leurs propres terres et biens immobiliers situés sur ces terres)[50].

45. Le Guide n'envisage aucun traitement particulier des contrats relatifs aux biens immobiliers, ni dans la partie sur la loi applicable, ni dans la partie sur le droit de l'insolvabilité consacrée au traitement des contrats. Le commentaire figurant dans les deux parties fait expressément référence aux contrats portant sur un bien immobilier[51]. Les avis préliminaires exprimés par certaines délégations à la soixantième session du Groupe de travail étaient défavorables à la formulation de règles particulières pour ces contrats[52].

46. En l'absence de règles particulières, les projets de dispositions législatives relatives au traitement des contrats et d'autres éléments de la liste de la *lex fori concursus* s'appliqueraient. Des difficultés liées à la reconnaissance et à l'exécution

---

[48] La définition de la « *lex rei sitae* » devrait également englober les situations exigeant l'inscription des droits réels. Dans ce cas, la loi de l'État où est tenu le registre prévaudrait.

[49] A/CN.9/1088, par. 83 et sa note de bas de page, qui fait référence à l'article 11 de la refonte du Règlement CE ; et A/CN.9/1094, par. 77.

[50] M. Virgos et E. Schmit, Report on the Convention on Insolvency Proceedings (Rapport sur la Convention relative aux procédures d'insolvabilité), Bruxelles, 3 mai 1996 (le « rapport Virgos-Schmit »), par. 116 à 119. Disponible (en anglais) à l'adresse https://globalinsolvency.com/resource-article/virgos-schmit-report-convention-insolvency-proceedings-now-regulation-insolvency (consulté le 2 septembre 2022).

[51] Voir, par exemple, les paragraphes 108, 134, 137 et 138 du commentaire relatif aux recommandations 69 à 86.

[52] A/CN.9/1094, par. 77.

internationales des effets de la *lex fori concursus* sur les contrats portant sur un bien immobilier peuvent se poser de la même manière que celles qui découlent de la protection et de la préservation de la masse de l'insolvabilité et de l'utilisation ou de la disposition des actifs de la masse de l'insolvabilité.

5. Responsabilité des administrateurs du débiteur pour des actes accomplis lorsque le débiteur était insolvable ou dans la période précédant l'insolvabilité, et cause d'action relative à cette responsabilité susceptible d'être invoquée par la masse de l'insolvabilité du débiteur ou en son nom

47. À la cinquante-neuvième session du Groupe de travail, on s'est dit favorable à l'ajout, dans la liste de la *lex fori concursus*, d'une référence aux obligations et responsabilités des administrateurs, conformément à la quatrième partie du Guide[53]. À sa soixantième session, le Groupe de travail ne s'est pas entendu au sujet de l'ajout d'une telle référence. On a noté les difficultés que soulevaient les règles déterminant la loi applicable dans le contexte international par rapport au contexte national, pour lequel les obligations et responsabilités des administrateurs étaient énoncées dans la quatrième partie du Guide. Il a été jugé nécessaire de préciser les aspects de ces obligations et responsabilités qui relèveraient de la loi applicable aux sociétés (*lex societatis*) et ceux qui relèveraient de la *lex fori concursus*. Notant que cette dernière ne serait pas nécessairement celle de l'État dans lequel le débiteur avait le centre de ses intérêts principaux, il a été estimé que la *lex societatis* devrait constituer la loi par défaut, ce qui n'empêcherait pas de soumettre certains aspects limités des obligations et responsabilités des administrateurs à la *lex fori concursus*[54].

48. À la lumière de ces avis, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant la question de savoir s'il convient de faire expressément référence aux obligations et aux responsabilités des administrateurs dans la liste de la *lex fori concursus* et, le cas échéant, la portée de cette référence. Tel qu'il est actuellement formulé, le point englobe les obligations et les responsabilités des administrateurs pendant la procédure d'insolvabilité et dans la période précédant l'insolvabilité. Le point k) figurant sur la liste de la *lex fori concursus*, qui fait référence aux droits et aux obligations du débiteur, y compris du débiteur non dessaisi, peut déjà englober les obligations et les responsabilités des administrateurs pendant la procédure d'insolvabilité. Les obligations et les responsabilités dans la période précédant l'insolvabilité sont abordées dans la quatrième partie du Guide, qui met l'accent sur les obligations des administrateurs qui peuvent figurer dans la loi relative à l'insolvabilité (la référence à la « loi relative à l'insolvabilité » vise à englober la loi sur l'insolvabilité et d'autres lois telles que le droit des sociétés) et qui deviennent exécutoires dès lors que la procédure d'insolvabilité est ouverte[55].

49. Le Guide reconnaît que les régimes de responsabilité en cas de manquement d'un administrateur à ses obligations dans la période précédant l'insolvabilité varient considérablement d'un pays à l'autre. On trouve des aspects distincts de ces régimes dans différentes lois, notamment le droit des sociétés, le droit civil, le droit pénal et le droit de l'insolvabilité. Dans un même pays, ils peuvent figurer dans plusieurs lois ou être répartis entre elles. Dans les pays de *common law*, ils peuvent se trouver dans la *common law* et la législation. Ces aspects et lois distincts se complètent au niveau national pour garantir que le régime de responsabilité des administrateurs qui en résulte est cohérent et complet.

50. En examinant la question plus avant, le Groupe de travail souhaitera peut-être évaluer les incidences de l'application de la *lex societatis* seule ou en combinaison avec la *lex fori concursus* dans le contexte international, en particulier les frontières qui pourraient être tracées entre les domaines d'application spécifiques de chaque régime de responsabilité et le régime de responsabilité qui en résulterait. Dans ce contexte, il souhaitera peut-être noter qu'il n'existe pas d'interprétation uniforme de

---

[53] A/CN.9/1088, par. 65 e).
[54] A/CN.9/1094, par. 83.
[55] Quatrième partie, première section, chapitre I, par. 15.

la *lex societatis*[56] et que différentes considérations peuvent entrer en ligne de compte selon que la procédure d'insolvabilité a été ouverte au lieu : a) du centre des intérêts principaux du débiteur qui coïncide avec son lieu d'immatriculation ou de constitution en société ou son « siège réel » ; b) du centre des intérêts principaux du débiteur qui diffère de son lieu d'immatriculation ou de constitution en société ou de son « siège réel » ; c) de l'établissement du débiteur ; ou d) au lieu où se trouvent les biens du débiteur. En outre, la référence faite aux « administrateurs » dans la quatrième partie du Guide se veut large, englobant toute personne exerçant un contrôle effectif sur le débiteur (par exemple, administrateurs de fait ou occultes, actionnaires, prêteurs, etc.) (recommandation 258 et commentaire correspondant). Des considérations d'ordre public, voies de droit et mécanismes d'exécution divers (y compris l'interdiction d'exercer) peuvent entrer en ligne de compte en fonction des personnes qui s'avèrent exercer un contrôle effectif sur l'entreprise du débiteur dans la période précédant l'insolvabilité. Certaines d'entre elles peuvent ne pas être soumises à la *lex fori concursus* étrangère (par exemple, les prêteurs institutionnels).

6. Actions connexes (découlant de la loi sur l'insolvabilité et liées à la procédure d'insolvabilité)

51. À la soixantième session du Groupe de travail, il a été proposé, en référence au paragraphe 18 du document de travail A/CN.9/WG.V/WP.179, de compléter la liste contenue dans la recommandation 31 du Guide en faisant référence aux actions connexes (découlant de la loi sur l'insolvabilité et liées à la procédure d'insolvabilité). Le Groupe de travail n'a pas examiné cette proposition[57].

52. Ce point supplémentaire soulève des questions qui ont trait à la délimitation entre les actions liées à l'insolvabilité et celles qui ne le sont pas[58], à la portée des dispositions législatives (en particulier, la référence à la « procédure d'insolvabilité ») et à la définition de la *lex fori concursus* (en particulier, la référence à la « loi » ou à la « loi sur l'insolvabilité »). Dans ce contexte, le Groupe de travail souhaitera peut-être rappeler qu'à sa cinquante-neuvième session, l'avis a été exprimé que, compte tenu de l'interprétation large qu'il était prévu de donner de la *lex fori concursus* et de la « procédure d'insolvabilité », il ne devrait pas être nécessaire de modifier davantage la liste de la *lex fori concursus*[59]. Il souhaitera peut-être examiner le point qu'il est suggéré d'ajouter.

---

[56] Certains pays appliquent le critère de la « constitution en société » tandis que d'autres appliquent celui du « siège réel », la compréhension de ce dernier n'étant pas non plus uniforme.

[57] A/CN.9/1094, par. 71.

[58] Les actions suivantes ont été considérées comme étant liées à l'insolvabilité : les actions engagées en vertu de la loi sur l'insolvabilité qui visent à tenir les administrateurs responsables d'actes à l'origine de l'insolvabilité dans la période précédant l'insolvabilité ; l'annulation ; la contestation de mesures prises par le représentant de l'insolvabilité ou le comité des créanciers dans l'exercice de leurs pouvoirs ; et d'autres actions découlant directement de la procédure d'insolvabilité, étroitement liées à celle-ci ou propres à la loi sur l'insolvabilité (par exemple, les ajustements liés à l'insolvabilité qui entraînent un traitement particulier des créances des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur). Il a été estimé que d'autres types d'actions n'étaient pas liées à l'insolvabilité, notamment les actions du représentant de l'insolvabilité visant à établir la propriété des biens du débiteur ou celles engagées par le représentant de l'insolvabilité en vertu du droit général des contrats ou du droit commercial qui visent à recouvrer des sommes prétendument dues au débiteur. Il a été estimé que ces actions auraient pu être engagées par le créancier ou le débiteur lui-même avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et qu'elles auraient été régies par les règles ordinaires de compétence applicables en matière civile ou commerciale. Le fait que ce soit le représentant de l'insolvabilité qui les engageait ne modifiait pas la nature de la créance ni la loi applicable. Voir, par exemple, les affaires suivantes de la Cour de justice européenne : *Wiemer & Trachte GmbH, en liquidation* c. *Tadzher* ; *Nickel and Goeldner Spedition GmbH* c. *« Kintra » UAB* ; *Tunkers France* c. *Expert France* ; *CeDe Group AB* ; et *Kornhaas*.

[59] A/CN.9/1088, par. 63, 64 et 68.

C. Exception à la *lex fori concursus* : systèmes de paiement ou de règlement et marchés financiers réglementés

53. À sa cinquante-neuvième session, le Groupe de travail a estimé que, compte tenu de l'évolution des marchés financiers et de la numérisation des systèmes financiers, il faudrait actualiser le contenu de l'exception à la *lex fori concursus* concernant les systèmes de paiement ou de règlement et les marchés financiers réglementés qui figure dans la recommandation 32 du Guide[60]. À sa soixantième session, il est convenu qu'il faudrait bien délimiter le contenu de cette exception, en notant que les systèmes et marchés qu'elle devait couvrir constituaient des systèmes et marchés multilatéraux étroitement intégrés où l'insolvabilité d'un participant risquait d'entraîner une série de défaillances dans des opérations adossées, ce qui pouvait mettre d'autres participants au système ou au marché en difficulté financière et, dans le pire des cas, provoquer l'effondrement financier d'autres cocontractants, y compris d'institutions financières réglementées[61]. Cet effet domino est souvent appelé risque systémique[62].

54. Il ressort des consultations d'experts organisées par le secrétariat[63] que l'exception doit être maintenue et que les références aux systèmes et aux marchés ne devraient pas être limitées aux marchés réglementés ou aux systèmes centraux ou d'importance systémique, car tous les types de marchés et de systèmes sont interconnectés. La défaillance d'une partie de la chaîne peut produire des résultats imprévisibles, et entraîner une défaillance de l'ensemble de la chaîne d'une telle ampleur qu'elle nécessiterait l'intervention des autorités de réglementation dans des systèmes et marchés qui ne sont par ailleurs pas réglementés, afin de préserver l'intérêt public.

55. Il a également été indiqué au secrétariat qu'il pourrait être nécessaire de continuer de traiter séparément des « systèmes de paiement et de règlement » et des « marchés financiers ». Si les « systèmes de paiement et de règlement » faisaient partie des marchés financiers et représentaient un élément majeur de leur infrastructure, ils pouvaient également fonctionner de manière autonome, en dehors de tout marché financier.

56. Il a été expliqué que les systèmes et marchés en question ne pouvaient tolérer le risque de tourisme judiciaire et d'imprévisibilité susceptible d'être entraîné par l'application d'une autre loi que celle qui leur était applicable. Or ce risque existait si les effets de la procédure d'insolvabilité sur les systèmes et les marchés étaient régis par la *lex fori concursus* : des procédures d'insolvabilité visant un seul participant au système ou au marché pourraient alors être ouvertes dans plusieurs pays, et les systèmes ou marchés comptaient généralement de nombreux participants. Seule l'application d'une loi unique à toutes les opérations effectuées par le biais de systèmes de paiement ou de règlement et sur les marchés financiers pouvait garantir la sécurité juridique nécessaire à leur bon fonctionnement.

---

[60] A/CN.9/1088, par. 71. Il a alors été rappelé au Groupe de travail (A/CN.9/WG.V/WP.176, par. 27) qu'à sa quarante-quatrième session, en 2013, il avait jugé nécessaire de mettre à jour les recommandations 101 à 107 du Guide et le commentaire y relatif, portant sur les contrats financiers et la compensation globale (A/CN.9/798, par. 26 et 30). Entre autres, ces recommandations : a) prévoient que l'arrêt des poursuites ne s'applique pas aux contrats financiers, y compris en ce qui concerne l'application des clauses de résiliation et la réalisation des sûretés ; b) prévoient que les transferts de routine effectués avant faillite ne sont pas susceptibles d'annulation ; et c) recommandent de reconnaître et de protéger le caractère définitif des opérations effectuées par le système de paiement ou de règlement en cas d'insolvabilité d'un participant au système.

[61] A/CN.9/1094, par. 87.

[62] A/CN.9/WG.V/WP.179, par. 50 renvoyant au commentaire relatif aux recommandations 101 à 107 du Guide (voir en particulier le paragraphe 213 de ce commentaire).

[63] Banque centrale européenne, Institut pour la stabilité financière et International Swaps and Derivatives Association.

57. Aucun exemple n'a été fourni au secrétariat de cas où une autre loi que la loi applicable au système de paiement ou de règlement ou au marché financier régissait les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et obligations des participants à ce système ou à ce marché. Au contraire, il a été confirmé que les secteurs auxquels cette exception s'appliquait fonctionnaient selon des règles standard, des directives et des accords qui renforçaient l'application de la loi du système ou du marché à tous les aspects liés au système ou au marché en question, y compris aux effets des procédures d'insolvabilité. Le non-respect de ces normes pouvait avoir des conséquences négatives non seulement pour les systèmes ou les marchés qui ne les respectaient pas, mais aussi sur le climat général d'investissement dans les pays où ils opéraient.

58. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s'il convient de conserver l'exception visée dans la recommandation 32 sans le mot « réglementé » et d'expliquer dans le commentaire les situations dans lesquelles cette disposition est censée s'appliquer. Si l'exception est conservée, on pourrait, pour renforcer la sécurité juridique, ajouter une disposition confirmant que la loi applicable au système ou au marché s'appliquerait également à toute action en annulation qui pourrait être engagée en ce qui concerne un paiement ou une opération effectué dans le système ou sur le marché en question. Autrement, les paiements ou opérations de ce type seraient susceptibles d'être annulés en vertu de la loi sur l'insolvabilité de différents participants à l'égard desquels une procédure d'insolvabilité pourrait être ouverte, puisque la *lex fori concursus* s'appliquerait par défaut à l'annulation. La disposition en question pourrait être libellée comme suit :

> « Les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et obligations des participants à un système de paiement ou de règlement ou à un marché financier sont régis uniquement par la loi applicable à ce système ou à ce marché. Cette loi régit également les actions en annulation qui peuvent être engagées à l'égard d'un paiement ou d'une opération effectué dans le système ou sur le marché en question. »

IV. Questions qui n'ont pas encore été examinées par le Groupe de travail

A. Primauté des obligations internationales et des lois de police

59. À la soixantième session du Groupe de travail, il a été jugé essentiel d'inclure d'autres garanties qui permettraient d'assurer le respect de la souveraineté des États et la protection d'autres intérêts[64]. Une garantie que l'on trouve habituellement dans les textes de la CNUDCI dans ce contexte est celle de la primauté des obligations internationales ou, plus largement, des lois de police. Ces obligations ou règles impératives peuvent se trouver dans des traités et accords internationaux, tant multilatéraux que bilatéraux, conclus avec des entités étatiques ou non étatiques, qui traitent de questions de droit international privé et peuvent renvoyer à une autre loi applicable que celle qui serait envisagée dans les dispositions législatives. On les trouve, par exemple, dans les règles juridiques contraignantes élaborées par une organisation régionale d'intégration économique et applicables aux membres de cette organisation.

60. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer en temps voulu s'il convient de prévoir une telle garantie dans les dispositions législatives. Le commentaire y relatif pourrait noter qu'une interprétation inutilement large des traités, accords ou règlements internationaux risque de limiter excessivement les effets des dispositions législatives, ce qui nuirait à l'uniformité, à la sécurité juridique et à la prévisibilité. Pour cette raison, il devrait exister un lien suffisamment étroit entre l'obligation ou la règle concernée et l'objet de la procédure d'insolvabilité pour

[64] A/CN.9/1094, par. 94.

que l'obligation ou la règle en question puisse écarter l'application d'une disposition contraire contenue dans les dispositions législatives.

B. Interprétation

61. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner en temps utile l'opportunité d'inclure une disposition prévoyant que, dans l'interprétation des dispositions législatives, il convient de tenir compte de leur origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de leur application et le respect de la bonne foi. Une telle disposition devrait avoir pour effet de limiter la mesure dans laquelle les dispositions législatives, une fois incorporées dans la législation nationale, seraient interprétées sur la base des seuls concepts du droit interne.

62. Il peut être jugé nécessaire et important d'inclure une telle garantie, habituellement rencontrée dans les conventions et les lois types issues des travaux de la CNUDCI, dans les dispositions législatives, car celles-ci prévoient l'application d'une loi étrangère et impliquent, par conséquent, que cette loi soit déterminée par le tribunal de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Cela conduira inévitablement à la prise en compte de cultures, de systèmes et de concepts juridiques étrangers qui peuvent être mal connus dans l'État d'ouverture de la procédure. Dans de telles situations, la tendance pourrait être de s'appuyer davantage sur les concepts et règles locaux. Cette disposition législative pourrait servir à rappeler qu'il convient d'éviter ce genre de tendances si l'on souhaite parvenir à une interprétation et une application uniformes des dispositions législatives. Elle pourrait aussi rappeler que, lorsqu'une question concernant une matière régie par les dispositions législatives n'y est pas expressément tranchée, il convient de la trancher conformément aux principes généraux dont s'inspirent les dispositions. Le cas échéant, des règles juridiques analogues pourraient être appliquées pour produire les effets recherchés dans les dispositions législatives.

C. Autres questions

63. À sa soixantième session, le Groupe de travail a procédé à un échange de vues préliminaire sur les dispositions des lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité qui soulevaient des questions en matière de loi applicable[65]. Les avis ont divergé sur la question de savoir si le moment était venu de les examiner[66]. Le Groupe de travail a reporté l'examen de certaines questions dans le contexte des procédures concurrentes (voir par. 1 g) et h) ci-dessus).

64. Certaines des dispositions recensées ont été traitées dans le projet de commentaire. D'autres nécessitent des éclaircissements ou des décisions de la part du Groupe de travail. Par exemple, si les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité n'établissent pas de hiérarchie rigide entre les procédures, ils accordent une certaine prééminence à la procédure principale étrangère[67] et, dans le contexte de l'insolvabilité des groupes d'entreprises, à la procédure de planification[68]. L'un des arguments qui avaient été avancés pour ne pas établir de hiérarchie rigide entre des procédures concurrentes était de ne pas restreindre inutilement la capacité des tribunaux et des représentants de l'insolvabilité de coopérer en exerçant leur pouvoir discrétionnaire en vertu des dispositions pertinentes relatives à la coopération et à la coordination[69]. La hiérarchie implicite entre les procédures est évidente dans les dispositions de la LTI portant sur l'octroi de mesures[70], les effets de la

[65] A/CN.9/1094, par. 97.
[66] Ibid.
[67] Voir, par exemple, les paragraphes 1, 21, 31, 44, 132, 133, 144, 175, 193 et 202 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI.
[68] Voir, par exemple, les articles 20, 23 et 24 de la LTIGE et le commentaire qui les accompagne.
[69] A/52/17, par. 108.
[70] Voir, par exemple, les articles 19-4, 21-3, 23-2, 29 c) et 30 de la LTI.

reconnaissance[71] et la portée limitée de la procédure locale après la reconnaissance d'une procédure principale étrangère[72], à l'article 14 e) et h) de la LTJI[73] et dans l'ensemble de la LTIGE. Dans le même temps, l'article 29 de la LTI donne une certaine prééminence à la procédure locale par rapport à la procédure étrangère, qu'elle soit principale ou non, en exigeant que les mesures accordées en faveur de la procédure étrangère soient compatibles avec la procédure ouverte dans l'État adoptant.

---

[71] Article 20 de la LTI.
[72] Article 28 de la LTI.
[73] Voir Guide pour l'incorporation de la LTJI, par. 107 et 118.